جامعة الإسكندرية
كلية الحقوق
قسم الدراسات العليا

السلطة التقديرية فى مجال الضبط الإدارى في الظروف العادية

(دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من :
حسام الدين محمد مرسى مرعي

إشراف
الأستاذ الدكتور: محمد رفعت عبد الوهاب
أستاذ القانون العام
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية
الأستاذ الدكتور: محمد كمال الدين إمام
أستاذ الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

٢٠٠٩

وقد تشكلت لجنة الحكم على الرسالة من السادة الأساتذة

الأستاذ الدكتور / **محمد رفعت عبد الوهاب** رئيساً ومشرفاً
أستاذ القانون العام
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

الأستاذ الدكتور / **محمد كمال الدين إمام** عضواً ومشرفاً
أستاذ الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

الأستاذ الدكتور / **ربيع أنور فتح الباب** عضواً
أستاذ القانون العام
كلية الحقوق جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور / **محمد باهى أبو يونس** عضواً
رئيس قسم القانون العام
وكيل كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

إهـــداء

قال ﷺ: "من سلك طريقًا يبتغي به علمًا سهل الله له به طريقًا إلى الجنة".

إن هذا البحث الذي بين أيديكم والذي وفقني الله تعالى إلى إنجازه وهو جهد المقل، كان من ورائه أشخاص لهم الفضل بعد الله في إنجازه بطريق مباشر وغير مباشر، ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أهدي إليهم باكورة جهدي وثمرة عملي.

- أهدي هذا العمل إلى اسم وروح والدي الذي كان أول نور في حياتي وكان نعم القدوة لي سواء في الحياة أم فوق منبره حيث كان يدعو إلى الله بالحكمة والموعظة الحسنة.
- أهدي هذا العمل إلى أمي التي كان لها بالغ الأثر في حياتي.
- إلى زوجتي التي طالما شاركتني الجهد الشاق ولو كان على حسابها، فقد كانت تنكر ذاتها.
- إلى أولادي الذين تحملوا انشغالي عنهم لتحصيل العلم والعكوف على البحث.
- إلى روح ولدي عمرو الذي كان نبراس هدىً أضاء حياتي بوداعته وبراءته التي دفعت بي إلى طريق الله القويم وصراطه المستقيم.
- إلى أخي وصديقي الأستاذ/ محمد عبد النعيم، والأستاذ/ أحمد زغلول لما قدماه من جهد في كتابة وتنسيق هذا البحث وإعداده للطبع.
- إلى رؤسائي وزملائي في العمل الذين لم يقصروا في توفير البيئة اللازمة لي حتى أتمكن من إنجاز عملي.

والحمد لله من قبل ومن بعد وأصلي وأسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

شكـــر وتقـديـر

قال العبد الشكور ... المجتهد في العبادة بلا فتور ... سيدنا ومولانا محمد النبي الرسول .. : "من لم يشكر الناس لم يشكر الله".

إن من وراء هذا البحث علماءً في مجال البحث العلمي نهلـت مـن بحـار علمهـم، واقتطفت من ثمار جودهم. وتطيب الآن نفسي بشكرهم ..

- يتقدم الباحث بخالص الشكر والتقدير **للسيد الأستاذ الدكتور/ محمد رفعـت عبد الوهاب، والسيد الأستاذ الدكتور/ محمد كمال الدين إمام** ، اللـذان شرفني الله بإشرافهما على الرسالة. فكانا لا يدخران جهدًا في توجيهي وإمدادي بالمادة العلمية. وقدما الكثير من التوجيهات المتميزة مع سعي الباحث لتنفيـذها بكل دقة وموضوعية.
- ويتقدم الباحث بخالص الشكر والعرفان **للسيد الأستاذ الدكتور/ ربيع أنـور فتح الباب، والسيد الأستاذ الدكتور/ محمد باهي أبو يـونس** لقبولهمـا المشاركة في لجنة المناقشة والحكم بالرغم من المهـام الجـسام الملقـاة علـى عاتقهما.
- كما يتوجه الباحث بالشكر والتقدير إلى أساتذة كلية الحقوق جامعة الإسـكندرية وفي مقدمتهم **الأستاذ الدكتور/ أحمد هندي** عميد الكليـة لمـا قـدموه مـن توجيهات وإرشادات أضاءت طريق البحث العلمي.
- كما يطيب للباحث أن يتقدم بالشكر إلى **الأستاذ الدكتور/ مجدي شهاب** عميد كلية الحقوق جامعة الإسكندرية (الأسبق) ، **والأستاذ الدكتور/ محمد كمـال الدين إمام** حيث كانا أول من وجه النصيحة للباحث للسير في طريق البحـث العلمي والدراسات العليا.

- كما يتوجه الباحث باسمى معاني الشكر والتقدير للعاملين بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية وفي مقدمتهم العاملون بمكتبة الكلية الذين تعاونوا مع الباحث في جمع المادة العلمية حيث كانت بمثابة حجر الزاوية في هذا البحث.

مقدمة

إن السلطة التقديرية هى أحد الامتيازات القانونية للإدارة، وهو حق يمنح الإدارة ممارسة نشاطها العادى، فى الظروف الطبيعية، واتخاذ القرارات الملاءمة فى حالة وجودها أمام ظروف معينة، ولم يلزمها القانون من اتخاذ قرار معين بصدد هذه الحالات الخاصة الخارجة عن ظروف عملها الطبيعية.

والسلطة التقديرية لا يمكن أن تظهر فى نظام لا يأخذ بنظام الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون؛ لأن الأصل فى الدولة القانونية أن تكون الإدارة مقيدة بالقانون، إلا أنها تتمتع بقدر من الحرية فى التصرف واتخاذ قراراتها ولا يعد ذلك مخالفًا للقانون؛ حيث خول المشرع جهة الإدارة ملاءمة إصدار القرار الإدارى، فى ظل مراقبة القضاء لشرعية هذا القرار لا لملاءمة إصداره؛ وذلك لحماية الأفراد من تعسف جهة الإدارة.

ولقد كان مجلس الدولة يكتفى بمجرد فرض رقابته على المظاهر الخارجية للقرار الإدارى المتمثلة فى الاختصاص والشكل، إلا أنه أصبح الآن يراقب عناصر شرعية هذا القرار؛ حيث يمثل مبدأ المشروعية أحد المبادئ الرئيسية اللازمة لقيام الدولة القانونية، فتكون السيادة للقانون لا لأشخاص الحكام وإن كان عملاً إراديًا؛ حيث يسمو على إرادة جميع أفراد المجتمع والسلطات العامة فى الدولة، مهما بلغ دورها فى وضعه أو إقراره أو إصداره.

ولا تخضع الإدارة فى ممارسة السلطة التقديرية لرقابة القضاء، إلا إذا كان فى ممارستها تعسف فى استعمال السلطة أو لتحقيق غرض غير مشروع أو لم يجعله المشرع من اختصاصها، والرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية تقتضى الموازنة بين عدم التضييق على الإدارة وبين حماية الحرية الفردية.

وتختلف السلطة التقديرية التى تتمتع بها جهة الإدارة فى اتخاذ قراراتها بما يلائم كل حالة على حدة عن الاختصاص المقيد؛ إذ يتولى المشرع سن القواعد القانونية ويصوغها فى صورة جامدة لا يملك أحد سلطة تقديرية فى تطبيقها، وقد تكون فى صورة مرنة بحيث تنطبق على الحالات الخاصة وفقًا للسلطة التقديرية لمن يتولى التطبيق، والمشرع استنادًا للصالح العام قد يضيق شيئًا فشيئًا من السلطة التقديرية للإدارة فى إصدار القرارات، بحيث لا تملك جهة الإدارة إزاء حالة معينة إلا التصرف على نحو معين، وهذه هى مسألة الاختصاص المقيد.

وقد خول المشرع والقضاء جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة النطاق فى بعض المجالات كمنح تراخيص السلاح وتجديده وسحبه وإلغائه، ومنح الجنسية، وكذلك سلطتها التقديرية فى تقدير درجات الإجابة وهذا مجال فنى علمى، وهذه السلطات لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة إذا ثبت بيقين. وهذا ما سنتناوله فى بيان الاختصاص التقديرى والمقيد لجهة الإدارة فيما بعد.

ولقد اختلف الفقهاء فى بحث أساس هذه السلطة التقديرية، وسبب وجودها والاعتراف بها لجهة الإدارة، فذهب بعضهم إلى إرجاعها لفكرة قانونية وهى فكرة الحقوق الشخصية؛ إذ لا يستطيع الأفراد المطالبة بشئ لانتفاء الالتزام أو الرابطة القانونية بينهم وبين الإدارة.

وذهب البعض الآخر إلى أن أساس تمتع الإدارة بسلطة تقديرية يكمن فى الطبيعة الذاتية للمشروع، فالنشاط الإدارى عمومًا يشبه نشاط الأفراد فى إدارة مشروعاتهم، فعلى هذا الأساس تمارس الإدارة سلطتها مثلما يمارس رئيس المشروع نشاط مشروعه.

ويتفق كل من الفقه الإسلامى والقانون الإدارى على أن ضوابط السلطة التقديرية ترتكز على قضية "المصلحة العامة".

ولقد جاء الإسلام الحنيف بالأحكام التكليفية ومنها التخيير والإباحة بحيث يصبح للمكلف حرية الفعل والترك، والأصل فى الأشياء الإباحة، وتكون السلطة التقديرية فى المجال الذى يتركه النص أو الدليل الشرعى، فالقول بمنح القاضى سلطة ينبغى أن يعنى منحه ما تفيده كلمة السلطة من القوة والصلاحية، وأن يمكن من استعمالها على الشكل الصحيح، فالله سبحانه وتعالى جعل الأمراء والسلاطين ونوابهم إذا عدلوا من حججه فى أرضه ليقيموا الحقوق وليقدموا الحجة على ذلك من عملهم ولن يُصلوا لتلك الغاية إلا باتباع نظام يمنحهم تلك السلطة.

ويقول المولى ﷻ: ﴿وَأَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلأَمْرِ مِنكُمْ﴾ (سورة النساء الآية ٥٩). والمراد بأولى الأمر، الأمراء والعلماء، و القضاة من الأمراء أو نوابهم، ويشترط فيهم أن يكونوا علماء ونحن مأمورون باتباع القضاة لإمارتهم وعلمهم.

وتجتمع ضوابط السلطة التقديرية فى الفقه الإسلامى فى قاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" وما يندرج تحتها من قواعد (استعمال الأصلح – استعمال الأمثل فالأمثل) وذلك لأن الولاة من الخليفة فمن دونه من موظفين فى فروع السلطة الحكومية ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما وكلاء عن الأمة فى القيام بأصلح التدابير، كقيام العدل ودفع الظلم وصيانة الحقوق، بأفضل الوسائل مما يعبر عنه بالمصلحة العامة، لذا أوجبت الشريعة الإسلامية أن يصدر تصرف ولى الأمر أو

القاضى عن باعث لا يناقض مقصد شرعى؛ إذ إن استعمال السلطة فى غير المصلحة، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة يعد تعسفًا وظلمًا.

والإدارة وهى تؤدى واجباتها فى تحقيق الصالح العام لابد لها أن تضع نظامًا يضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع فى ممارستهم لحقوقهم وهو ما يسمى بالضبط الإدارى، إذ تعد وظيفة الضبط الإدارى من أهم الوظائف الإدارية التى تمس الحرية الشخصية للأفراد وحقوقهم، ولم يتعرض المشرع فى مصر وفرنسا وفى معظم تشريعات دول العالم لتعريف الضبط الإدارى بصورة قاطعة، وإنما تتناول فقط أغراض الضبط الإدارى، فالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ الخاص بهيئة الشرطة نص على" أن تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام والأمن العام والآداب العامة وحماية الأرواح والأعراض، وعلى الأخص منع وقوع الجرائم وضبطها، كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين فى كافة المجالات وتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين".

واختلف الفقه الإدارى فى تعريفه، فرأى فريق أنه غاية فى ذاته تسعى إليها سلطات الدولة، ورأى فريق آخر أنه قيد على الحريات العامة التى كفلها الدستور والقانون، ورأى آخرون أنه وظيفة سياسية ترتبط بنظام الحكم. ولقد اتسع نشاط الضبط الإدارى ليشمل مختلف نواحى النشاط حيث لم يقتصر على مفهوم حفظ النظام العام التقليدى المتمثل فى صوره الثلاث (الأمن العام – السكينة العامة– الصحة العامة) بل امتد ليشمل المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وحماية الآداب العامة والبيئة، وأن الغرض الذى تهدف إليه سلطات الضبط الإدارى هو حماية النظام العام ومنع انتهاكه والإخلال به، وتمارسه جهة الإدارة متى وجدت ذلك ضروريًا ولو لم ينص القانون على إجراء معين لمواجهة هذا الإخلال، وإلا شاب القرارات الإدارية عيب الانحراف فى استعمال السلطة.

ولقد اختلف الفقهاء فى مصر وفرنسا حول تحديد ماهية فكرة النظام العام، ويرجع هذا إلى أن المشرع سواء أفى مصر أم فرنسا لم يضع تعريفًا محددًا لمفهوم النظام العام لمرونة هذه الفكرة وعدم استقرارها وثباتها حيث يختلف مفهومها باختلاف الزمان والمكان.

ووظيفة الضبط الإدارى فى القانون الوضعى، يقابلها فى الفقه الإسلامى نظام الحسبة، والحسبة هى نظام إسلامى خالص، أوجبته نصوص شرعية وفصلته صياغة فقهية، وطبقته نماذج إسلامية مؤمنة كانت تعرف دورها ومسئوليتها العظيمة، وقد استمد هذا النظام مشروعيته من المصادر الأصلية للتشريع الذى يحرص على مصالح العباد فى دينهم ودنياهم، وينظم حياتهم ويقى المجتمع من أخطار الأهواء الفردية، التى تودى بالأمن الذى ينشده المجتمع الإسلامى.

وتهدف دراسة موضوع الحسبة إلى تبصير المسلمين بفقه الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وإقامة أحكام الدين فى حياة الناس بالجهد الفردى والأمر السلطانى، فهى منهج شرعى جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وعرفه المسلمون منذ أربعة عشر قرنًا من الزمان، بوصفه آلية مراقبة وتصحيح وتوجيه للحاكم والمحكومين. وأول من مارس هذه الوظيفة (المحتسب) هو رسول الله ﷺ وتبعه الخلفاء الراشدون ومن اهتدى بهداهم.

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على خلق مجتمع آمن ومستقر تسوده المحبة، فسنت نظامًا عامًا إسلاميًا يرتكز عى ركيزتين أساسيتين، الأولى: هى النصوص القطعية، والثانية: هى المصالح المعتبرة بأقسامها؛ حيث تعد الغاية الأساسية التى يجب أن تستهدفها كافة الأنشطة والقواعد فى النظام القانونى الإسلامى. كذلك يتفق النظام العام الإسلامى مع النظام العام فى القانون الوضعى فى السبب والحكم، إلا أنهما يختلفان فى بعض الوجوه، حيث يتسع النظام العام الإسلامى إذ يرمى إلى تحقيق المقاصد الخمس الضرورية، فى حين أن أغراض النظام العام الوضعى هى المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة. كما يتسم النظام العام الإسلامى بالمرونة أكثر من النظام العام الوضعى؛ حيث إن مضمون النظام العام الإسلامى متغير وفقًا لمنهج الشريعة الإسلامية، كما أنه يتسم بالشمولية حيث يتعلق بالأمور الدنيوية والأخروية فى حين أن النظام الوضعى يتعلق بالحياة الدنيا فقط.

ولقد اتفق جمهور العلماء، على أن الغاية الأساسية من النظام العام الإسلامى هى تحقيق مصالح العباد فى المعاش والمعاد، وأن الله سبحانه وتعالى لا يعود عليه شئ منها فهو غنى عن العالمين وإنما يريد الخير والصلاح لخلقه.

أما عن مجالات السلطة التقديرية فى القانون الوضعى، أى تحديد الحالات التى يمكن أن تظهر فيها السلطة التقديرية للإدارة، فإن القوانين الوضعية فى مختلف دول العالم لم تحدد المجال التقديرى لجهة الإدارة، وكذلك مجال الاختصاص المقيد، ولهذا اختلف الفقه حول حصر تلك الحالات وتحديد مجالها، وكذلك معايير التمييز بين السلطة التقديرية والأفكار المشابهة لها (أعمال السيادة والظروف الاستثنائية). ونستطيع القول بأن لرجل الإدارة سلطة تقديرية تمكنه من اتخاذ قراره بمحض إرادته فى إطار روح القانون وأهدافه، وتخضع هذه السلطة لرقابة القضاء لبحث عناصر شرعية هذه القرارات الإدارية. أما فى مجال أعمال السيادة (أعمال الحكومة) فإن الإدارة تتحرر كلية من قواعد المشروعية، حيث يمنع القضاء من نظر مثل هذه الأعمال. ولقد ثارت نظرية أعمال السيادة الكثير من الخلافات الفقهية والقضائية لتحديد معايير تمييز تلك الأعمال عن الأعمال الإدارية الأخرى التى تصدرها السلطة التنفيذية، وكانت نتيجة هذه الخلافات أن ظهرت

العديد من المعايير التى سوف نتناولها تفصيلاً فيما بعد، وهى (معيار الباعث السياسى – طبيعة العمل – القائمة القضائية). أما عن الظروف الاستثنائية، وهى تلك الظروف التى تواجه الإدارة وتقتضى اتخاذ اجراءات سريعة وحاسمة لمواجهة هذه الظروف، كالحرب أو الفتنة أو الوباء أو الكوارث، فإذا واجهت الإدارة مثل هذه الظروف لا تتقيد بقواعد المشروعية العادية، وإنما تستطيع أحياناً بل يتعين عليها القيام بأعمال تخرج بها عن حدود القوانين. وتخضع تصرفات الإدارة فى الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء ليس على أساس التحقق من مدى مشروعية القرار من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون، وإنما لبحث توافر ضوابط هذه الظروف أو عدم توافرها.

أما عن مجال السلطة التقديرية فى الفقه الإسلامى، فلقد عرفت الشريعة الإسلامية دور الإدارة فى العمل على خلق مجتمع مثالى يعيش أفراده فى أمان واستقرار، وذلك بواسطة جهاز إدارى متكامل يطلق عليه (جهاز الحسبة)؛ حيث يتكون هذا الجهاز من المحتسب وأعوانه الذين يساعدونه فى إتمام مهمته. ولم يتمكن المتحدثون عن اختصاصات المحتسب من حصرها لكثرتها وتنوعها؛ حيث إن بعضها ذو طبيعة قضائية وبعضها ذو طبيعة إدارية، وإن كانت الأخيرة هى الغالبة، والتى سنوضحها فيما بعد. كما سنتناول دور الجهاز الإدارى فى الدولة فى تطبيق الحسبة؛ حيث إن نظام الحسبة يشبه فى حاضرنا جهاز الشرطة وبعض الأجهزة الحكومية، كأجهزة وزارة التموين وزارة الصحة وزارة الصناعة، وكذلك أجهزة الرقابة الدينية كوزارة الأوقاف والأزهر الشريف.

وأخيرًا– وسائل الضبط الإدارى فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية؛ فإن هذه الوظيفة تمارسها سلطات الضبط الإدارى لصيانة النظام العام بما تملكه من سلطة فى إصدار القرارات الملزمة فى شكل لوائح الضبط، لتقييد النشاط الفردى بهدف المحافظة على النظام العام، كما تصدر سلطات الضبط الإدارى هذه اللوائح كأسلوب وقائى غايته تنظيم ممارسة الحريات العامة، بغرض الحفاظ على النظام العام فى المجتمع، كما تصدر القرارات الفردية التى تقتضى تطبيق القوانين واللوائح التى تولد حقًا أو مركزًا شخصيًا للأفراد متى صدرت سليمة، وذلك استجابة لدواعى المصلحة العامة التى تقتضى استقرار تلك القرارات. وقد تستخدم سلطات الضبط القوة الجبرية لإجبار الأفراد على الامتثال للوائح والقرارات الإدارية من أجل المحافظة على النظام العام وعلى قمته حماية الأمن العام؛ لأنه أمر بطبيعته يغلب فيه طابع الضرورة لسرعة مواجهة الإخلال والتهديد للنظام العام دون حاجة إلى إذن مسبق من القضاء، مثل وقف أو منع مظاهرة تحمل هذا التهديد، أو وقف أو غلق محل تجارى بدون ترخيص. وقد أقر المشرع والقضاء المصرى هذا الامتياز لسلطة الضبط الإدارى متى توافرت شروط الضرورة. كما تمارس هيئات الضبط الإدارى

سلطاتها فى توقيع الجزاء الإدارى على من يخل بالنظام العام فى الدولة، وهو بذلك إجراء وقائى يهدف إلى حماية النظام العام بعدم إعطاء الفرصة لمصدر التهديد، وهو غالبًا ما يمس المصالح الأدبية والمادية للشخص المخالف، فقد يكون ماليًا كالمصادرة أو مقيدًا للحرية كالاعتقال، أو رادعًا كسحب التراخيص. وسلطة هيئات الضبط فى توقيع الجزاء الإدارى ليست مطلقة وإنما تصاغ وتنظم بموجب النصوص التشريعية أو اللائحية، وتستقل جهة الإدارة بتوقيعها، وتخضع للرقابة القضائية إلغاءً وتعويضًا فى حالة مخالفتها لمبدأ الشرعية.

أما بالنسبة لوسائل الضبط فى الفقه الإسلامى؛ فلقد حرصت الشريعة الإسلامية على حماية المجتمع بسياج منيع من الحماية؛ فحرمت بعض الأفعال وعدتها مفاسد تناقض مقاصد الشريعة الإسلامية، فسلكت مسلكًا فريدًا بأن قسمت الجرائم والعقوبات؛ فقد نص فيها على عدد قليل من الجرائم، وفرضت لها عقوبات محددة تسمى بالحدود والبعض الآخر بالقصاص. أما باقى الجرائم التى لم يفرض لها عقوبة محددة، و ترك شأنها لأولياء الأمور يفرضون عقوبتها بما يناسب كل حالة، وسميت بالتعزيرات، ومن ذلك التعزير على المظهر العلنى للعبادات، والتعزير المفروض لحماية التكليفات، وذلك بقصد توفير الحماية لمظهر الدين، وكذلك التعزير حماية للأخلاق والآداب، والتعزير للبيع بأكثر من السعر الجبرى، والجرائم المتعلقة بالتموين، والتعزير المفروض على تعاطى بعض المطاعم المحرمة، والتعزير على غش المكاييل أو الموازين وغيرها، والتعزير على الجرائم الماسة بأمن الحكومة من جهة الخارج ومن جهة الداخل. وأن الغرض من التعزير فى الشريعة الإسلامية، هو الردع والزجر مع الإصلاح والتهذيب. كما سنتناول الفرق بين التعزير الجنائى والتعزير الإدارى؛ حيث إن الفقه الإسلامى لم يعرف التأصيل الفقهى الوضعى، وسنهتدى لبيان الفرق بينهما بإيضاح الفرق بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية من حيث الأشخاص والأفعال المكونة للجريمة، ومن حيث الهدف، ومن حيث المسئولية، ومن حيث العقاب المفروض، والإجراءات.

وجدير بالذكر أن النظام الإسلامى عرف التدابير الاحترازية قبل أن تعرفها القوانين الوضعية، فقد كانت موجودة فى الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرنًا من الزمان، لأنها اهتمت بتربية الإنسان المسلم وتهذيبه وتطهيره، وحرمت أى سلوك يؤدى إلى ارتكاب الأفعال المحرمة، ويقول ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ (سورة الأنعام الآية ١٥١) وفى سبيل ذلك سنت الشريعة الإسلامية عقوبات وتدابير لردع العابثين، تحقيقًا للأمن ولتوفير الاستقرار، وتعطى الشريعة الإسلامية الأولوية للتدابير الاحترازية فى تحقيق الأمن العام

وحمايته من خلال عدة مظاهر، يكفل تطبيقها راحة المجتمع وأمنه وسلامته من الشرور والآثام ووقايته من المفاسد والآلام، ومن أهم هذه المظاهر، **أولاً**: تطبيق نظام الحسبة. وأن قوامه هو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لقوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾ (سورة آل عمران الآية ١٠٤).

ثانيًا:- أداء العبادات تقى المجتمع من الخطر. **ثالثًا**:- دعوة الإسلام إلى العمل تقى المجتمع من خطر البطالة. كما يمكن تحديد أغراض التدابير الاحترازية فى منع الجريمة قبل وقوعها، وذلك بعدة وسائل، كالتأهيل والنفى والإبعاد والتعجيز أو العزل عن أدوات الجريمة أو الانحراف. وكذلك اهتمت الشريعة الإسلامية بمحاولة إصلاح الجانى بعد ارتكابه الجريمة وحفظه من الأذى وحفظ المجتمع من الفساد والرزيلة، وتحقيق الردع الخاص. كما سنتناول أنواع التدابير الاحترازية فى الشريعة الإسلامية والتى تتمثل فى تدابير إلهية مانعة من الوقوع فى المعاصى وهى (الاستئذان – تحريم الخمر والمسكرات- غض البصر للرجال والنساء – الحث على الزواج والترغيب فيه – قاعدة سد الذرائع). وأنواع التدابير الاحترازية فى القانون الوضعى، يمكن تصنيفها إلى تدابير احترازية سالبة للحرية، وأخرى مقيدة للحرية، وأخرى سالبة للحقوق والتدابير المالية. وسنتناول كذلك نطاق عمل هيئة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وصلاحيتها، وتأثير نظام الحسبة فى المجتمع وعلاقته بعمل هيئة المواصفات والمقاييس لضبط مقاييس الإنتاج والخدمات المنتجة. واهتمام الإسلام بمجال تنظيم السوق بأن وضع بعض القواعد والضوابط الهامة التى تجعل من السوق ميدانًا كريمًا للتنافس الشريف، وكيفية الرقابة على تطبيق تلك القواعد. وعلى ضوء الاعتبارات السابقة فلقد رأينا أن نتناول موضوعنا السلطة التقديرية فى مجال الضبط الإدارى فى الظروف العادية دراسة مقارنة فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى على النحو التالى:-

* **الباب الأول**:- **السلطة التقديرية فى مجال الضبط الإدارى.**

الفصل الأول:- السلطة التقديرية.

الفصل الثانى:- الضبط الإدارى فى القانون الوضعى.

الفصل الثالث:- الضبط الإدارى فى الفقه الإسلامى.

* **الباب الثانى**:- **مجالات السلطة التقديرية فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى.**

الفصل الأول:- مجالات السلطة التقديرية فى القانون الوضعى.

الفصل الثانى:- مجالات السلطة التقديرية فى الفقه الإسلامى.

* **الباب الثالث:- وسائل الضبط الإدارى فى القانون الوضعى والفقه الإسلامى.**

الفصل الأول:- وسائل الضبط الإدارى فى القانون الوضعى.

الفصل الثانى:- وسائل الضبط الإدارى فى الفقه الإسلامى.

الباب الأول
السلطة التقديرية
فى مجال الضبط الإدارى

إن الأصل فى الدولة القانونية أن تكون الإدارة مقيدة بالقانون، إلا أنها تتمتع بقسط من حرية التصرف وهى تمارس اختصاصاتها القانونية، ولا يعد ذلك مخالفاً لقاعدة خضوع الإدارة للقانون، حيث ترك الشارع لجهة الإدارة ملاءمة إصدار القرار الإدارى، ولمجلس الدولة أن يراقب عناصر الشرعية الداخلية فى القرار؛ لحماية الأفراد من تعسف جهة الإدارة وهى تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية، مقيدة كانت أم تقديرية.

والإدارة وهى تؤدى واجباتها فى تحقيق الصالح العام لابد لها من وضع نظام يضبط سلوك الفرد داخل المجتمع فى ممارسته لحقوقه؛ حيث يقصد بالضبط الإدارى، مجموعة ما تفرضه السلطة العامة من أوامر وتوجيهات ملزمة للأفراد بغرض تنظيم حرياتهم العامة، أو بمناسبة ممارستهم لنشاط معين، بقصد صيانة النظام العام بعناصره المختلفة فى المجتمع.

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية وسبقت فى ذلك القوانين الوضعية، على وضع نظام إسلامى شامل يرعى مصالح العباد فى دينهم ودنياهم، فعرفت نظام الحسبة، وأول من مارس هذه الوظيفة هو رسول الله ﷺ ومن بعده الخلفاء الراشدون، ويرتبط النظام العام الإسلامى بمقاصد الشريعة الإسلامية حيث يهدف إلى حماية الضرورات الخمس ويحمى المصالح المعتبرة للعباد بأقسامها الثلاثة.

وسوف نتناول فى هذا الباب، مفهوم السلطة التقديرية فى مجال الضبط الإدارى، وتمييزها عن الاختصاص المقيد، وأساسها القانونى، وكذلك السلطة التقديرية فى الفقه الإسلامى ومشروعيتها، والقاعدة الفقهية الأم التى تجتمع فيها ضوابط السلطة التقديرية (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) وما يندرج تحتها من قواعد. وذلك من خلال الفصول الآتية:-

الفصل الأول:- السلطة التقديرية.

الفصل الثانى:- الضبط الإدارى فى القانون الوضعى.

الفصل الثالث:- الضبط الإدارى فى الفقه الإسلامى.

الفصل الأول

السلطة التقديرية

تتمتع الإدارة بسلطة واسعة فى التقدير وذلك ما توصل إليه مجلس الدولة منذ تأسيسه وخلال مراحل تطوره ورأى ضرورة رقابة القضاء على أعمال الإدارة، بحيث استطاع أن يراقب عناصر الشرعية الداخلية فى القرار الإدارى، بعد أن كان يكتفى بمجرد فرض رقابته على مظاهره الخارجية، المتمثلة فى الاختصاص والشكل، ويعتبر موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أكثر موضوعات القانون الإدارى إثارة للنقاش والجدل بين الفقهاء، ويصعب صياغة نظرية شاملة محكمة تضع له قواعد واضحة ومحددة.

والسلطة التقديرية للإدارة تعنى تمتعها بقدر من حرية التصرف وهى تمارس معظم اختصاصاتها القانونية، وإن هذا التعريف للسلطة التقديرية يحتاج إلى بحث أكثر شمولاً واتساعا. ويرجع ذلك إلى أن المشرع حينما يقوم بتحديد إحدى سلطات أو اختصاصات الإدارة العامة يكون مخيرًا بين طريقين[1]:-

١- إما أن يحدد لها القانون سلفًا الطريق الذى يجب عليها اتباعه، بأن ينص على الشروط الواجب توافرها حتى تستطيع إصدار القرار الإدارى، وفى هذه الحالة لا يكون للإدارة حرية تقدير ملاءمة القرار الإدارى، أى القاعدة هنا ليست اختيارية، كما لو قرر القانون حكمًا واحدًا فى كل حالة تتوافر فيها شروط معينة، فهنا يكون القانون واحدًا ومعلومًا سلفًا، وليس للإدارة أى خيار فى اتباعه، والمثال الواضح فى هذه الحالة، لو نص القانون على الشروط الواجب توافرها فيمن يطلب ترخيص سلاح للصيد أو لحماية النفس، فإن استوفى طلب الترخيص هذه الشروط لا تستطيع الإدارة أن تمنع منحه هذا الترخيص، بحجة أنه لا يحسن الصيد أو أن حمل السلاح فى يده يعد خطرًا على الأفراد. وإذا فعلت يكون قرارها مشوبًا بعيب إساءة استعمال السلطة، وهو ما يسمى بالاختصاص المقيد للإدارة.

٢- وإما أن يترك المشرع للإدارة ملاءمة إصدار القرار، ويسكت عن وصف الطريق الواجب على الإدارة اتباعه سلفًا. بمعنى أن يترك للإدارة سلطة تقدير متى تمارس ذلك، ومتى تمتنع عن ممارسته، والطريقة التى تمارسه بها، والشروط والإجراءات التى تتبعها بشأنه، وذلك

---

(١) د/ عبد الفتاح سايردار: نظرية أعمال السيادة، دارسة مقارنة، فى القانونين المصرى والفرنسى، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥، صـ ٧٨.